



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea triennale in
ECONOMIA E COMMERCIO

**TENDENZE PIÙ RECENTI
IN TEMA DI “ANTICORRUZIONE”**

MOST RECENT “ANTICORRUPTION” TRENDS

Relatore:
Prof.ssa MONICA DE ANGELIS

Rapporto Finale di:
FEDERICA FERRIGNO

Anno Accademico 2018/2019

*A mia nipote Chiara,
che ancora prima di nascere
mi ha già stravolto la Vita*

INDICE

Introduzione	1
Capitolo I- Il fenomeno della corruzione	3
1. Il fenomeno della corruzione: gli aspetti storici	3
2. Il fenomeno della corruzione: gli aspetti quantitativi	4
3. Il fenomeno della corruzione: gli effetti sulla collettività	5
4. Il fenomeno della corruzione: la disciplina prevista dal Codice Penale	6
4.1. Il reato di peculato (articolo 314 primo comma del Codice Penale)	6
4.2. Il reato di concussione (articolo 317 del Codice Penale)	7
4.3. Il reato di corruzione per l'esercizio della funzione (articolo 318 del Codice Penale)	8
4.4. Il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (articolo 319 del Codice Penale)	9
4.5. Circostanze aggravanti (articolo 319- <i>bis</i> del Codice Penale)	9
4.6. Corruzione in atti giudiziari (articolo 319- <i>ter</i> primo comma del Codice Penale)	10
4.7. Il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (articolo 319- <i>quater</i> primo comma del Codice Penale).....	10
4.8. Il reato di corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (articolo 320 del Codice Penale)	11
4.9. Pene per il corruttore (articolo 321 del Codice Penale).....	11
4.10. Il reato di istigazione alla corruzione (articolo 322 del Codice Penale)	11
4.11. Il reato di millantato credito (articolo 346 del Codice Penale).....	12
4.12. Il reato di turbata libertà degli incanti (articolo 353 del Codice Penale)	13
4.13. Il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (articolo 353- <i>bis</i> del Codice Penale)	14
Capitolo 2- L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la pratica del <i>whistleblowing</i>.....	15
1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione	15
1.1 Il Piano Nazionale Anticorruzione	17
2. Il <i>whistleblower</i>	17
Capitolo 3- L'agente infiltrato come metodo di contrasto alla corruzione	23
1. L'evoluzione storica della normativa in tema di agente sotto copertura.....	23
2. La valenza probatoria degli elementi acquisiti dall'agente sotto copertura	26
3. Il ruolo dell'agente sotto copertura nella fase processuale	28
Capitolo 4- Agente infiltrato ed agente provocatore: il dibattito in corso	31
1. L'agente provocatore tra dottrina e giurisprudenza	31
2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e la tutela dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.....	32
3. Agente sotto copertura o agente provocatore: il caso <i>Teixeira de Castro v. Portogallo</i>	35
Conclusioni.....	39
Bibliografia.....	42

INTRODUZIONE

La presente trattazione nasce dal desiderio di approfondire la tematica relativa alla corruzione. Quest'ultima risulta essere un fenomeno molto diffuso ai nostri giorni, anche se della sua esistenza ne parlava già Dante Alighieri nel canto XXVII dell'*Inferno* nella *Divina Commedia*. In particolar modo, l'obiettivo di questa tesi è quello di analizzare l'introduzione dell'agente infiltrato come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione. L'attuale ministro della giustizia Bonafede¹, infatti, con il suo disegno di legge dal titolo "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" intende estendere la disciplina organica delle operazioni di polizia sotto copertura al contrasto di alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

Lo studio si svilupperà in quattro capitoli. Il primo tratterà del fenomeno della corruzione nel suo complesso, analizzando casi concreti avvenuti in passato e di recente. Si esaminerà come la quantificazione della corruzione risulti essere, ancora oggi, di difficile attuazione; si approfondiranno, inoltre, gli articoli del Codice Penale ritenuti maggiormente rilevanti ai fini della comprensione del disegno di legge prima citato. Nel secondo capitolo, invece, si definirà la funzione assolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), esaminando in particolar modo l'evoluzione storica e normativa che ha condotto all'istituzione della stessa. Si analizzerà, inoltre, una delle misure attualmente utilizzate come metodo di contrasto alla corruzione, ossia il Piano Nazionale Anticorruzione. Quest'ultimo mira a coordinare le varie strategie attuate nella pubblica amministrazione volte a limitare il fenomeno corruttivo. In particolar modo si evidenzierà l'importanza dell'ANAC a livello sociale, concepita al giorno d'oggi come strumento di partecipazione della cittadinanza all'impianto amministrativo. È consentito, infatti, ai cittadini di rivolgersi all'Autorità al fine di segnalare eventuali irregolarità, tra cui quelle avvenute in ambito lavorativo. Si analizzerà, dunque, la figura del *whistleblower*, esaminando l'impianto legislativo che disciplina la sua tutela. In particolar modo, si prenderà in considerazione l'articolo 1, comma 51 della legge n.190 del 2012, la cosiddetta Legge Severino, il quale verrà modificato dalla legge n.114 del 2014 e poi dalla legge n.179 del 20 novembre 2017.

Nel terzo capitolo, invece, si tratterà della figura dell'agente sotto copertura partendo dall'esame della legge n.3 del 9 gennaio 2019, promossa dal Ministro della giustizia Alfonso Bonafede. Come sopra accennato, la novità introdotta dalla presente legge è l'utilizzo dell'agente infiltrato come metodo di contrasto alla corruzione. Si è ritenuto, dunque, necessario approfondire la normativa attualmente in vigore che disciplina le operazioni sotto copertura analizzando, in particolar modo,

¹Nominato con: d.p.r. 31 Maggio 2018

l'articolo 97 del d.p.r. n.309 del 9 ottobre 1990 relativo al «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza» confluito successivamente nell'articolo 9 della legge n.146 del 16 marzo 2006 riguardante «la ratifica ed esecuzione della convenzione e dei protocolli della Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio del 2001» per poi terminare con lo studio della legge n.136 del 13 agosto 2010 relativo al «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia». A supporto della tematica in oggetto, con la lettura degli articoli contenuti nel Codice penale e nel Codice di procedura penale, si procederà definendo le situazioni in cui l'agente *undercover* viene esonerato da eventuali responsabilità penali, le cosiddette scriminanti; si analizzerà la valenza probatoria di tutti gli elementi che vengono acquisiti dallo stesso durante l'attuazione delle proprie indagini per terminare con lo studio della funzione assolta dall'agente infiltrato nello svolgimento della fase processuale. A tal proposito, si esamineranno, inoltre, tutte le cautele che l'impianto normativo introduce a garanzia della sua incolumità. Al fine della presente trattazione, è utile subito precisare che sussiste una differenza tra la figura dell'agente sotto copertura e quella dell'agente provocatore. La linea di demarcazione tra questi, però, appare essere molto labile. Per questo motivo si è deciso di dedicare l'ultimo capitolo all'analisi della seconda figura analizzando la sua disciplina in ambito europeo mediante l'approfondimento della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), in particolare dell'articolo 6 relativo al diritto ad un equo processo, ed attraverso lo studio della sentenza che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emanato con riferimento al caso *Teixeira de Castro v. Portogallo*.

CAPITOLO I

IL FENOMENO DELLA CORRUZIONE

1. Il fenomeno della corruzione: gli aspetti storici

Il termine corruzione evoca, senza alcun dubbio, il caso di Mani Pulite, la prima grande inchiesta giudiziaria condotta in Italia. Ci troviamo a Milano, il 17 febbraio 1992, quando il direttore generale dell'Ospedale Molinette di Torino, Mario Chiesa, fu sorpreso in flagranza di reato ed arrestato per concussione. Questo fu solo il primo dei numerosi arresti che vi derivarono. Mario Chiesa, infatti, iniziò a collaborare con i giudici e, attraverso le sue confessioni, furono inquisiti diversi amministratori ed uomini politici. Con il proseguire delle indagini, si arrivò alla scoperta di un meccanismo di gestione degli appalti basato sull'utilizzo di tangenti. La portata mediatica e giudiziaria del suddetto episodio non deve, però, condurre a sottovalutare l'importanza di ulteriori simili casistiche avvenute recentemente. Nel 2014 la procura di Venezia dispone degli arresti per corruzione e presunte tangenti relative al Mose (Modulo Sperimentale Elettromeccanico) di Venezia. Parliamo di una struttura realizzata per proteggere la città dagli allagamenti periodici derivanti dall'alta marea. Il Mose risulta essere una delle più grandi opere italiane finanziate interamente dallo Stato. Le prime indagini del caso iniziarono nel 2009 quando un'azienda impegnata nei lavori di costruzione fu sottoposta ad una verifica di tipo fiscale. Il risultato fu la scoperta dell'emissione di numerose fatture false o "gonfiate" per ottenere maggiore denaro pubblico da collocare in conti correnti esteri ed utilizzare successivamente per attività di corruzione. Sempre nel 2014 si apre l'inchiesta su Mafia Capitale nella quale si ritiene che, a Roma e nel Lazio, associazioni di stampo mafioso abbiano operato per l'ottenimento di appalti pubblici. L'organizzazione criminale avrebbe agito in collusione con imprenditori e "stipendiato" funzionari comunali, consiglieri comunali e regionali per garantire l'assenza di ostacoli nel sistema. Ci troviamo ancora nel 2014, precisamente a maggio, quando la procura di Milano predispose l'arresto di alcune persone indagate per corruzione relativamente a Expo 2015, l'Esposizione universale che si tiene ogni cinque anni in una diversa città del mondo. Secondo la procura, gli indagati coinvolti si sarebbero accordati per dividersi tra loro gli introiti derivanti dagli appalti per la realizzazione di diverse opere, non solo quelle strettamente collegate a Expo. Ai funzionari pubblici coinvolti venivano proposte promozioni, avanzamenti di carriera e denaro in cambio di favori per le aziende interessate agli appalti.

Non tutti gli episodi di corruzione giungono, però, a conoscenza delle autorità giudiziarie, così come quelli riportati da esempio. Una delle motivazioni è che, i soggetti che partecipano al patto

corruttivo, non hanno quasi mai interesse a denunciarlo, in quanto questo equivarrebbe alla confessione di un reato. Inoltre, la possibilità che siano estranei a farlo, è quasi impossibile. Questo perché il patto stipulato è assolutamente riservato e, anche se soggetti terzi ne fossero a conoscenza, non ci sarebbe per loro interesse a denunciarlo. I reati corruttivi compiuti, ma non scoperti, o per i quali non si perviene ad una sentenza di condanna rappresentano la “cifra oscura”. Questa costituisce solo uno dei tre dati che bisognerebbe prendere in considerazione per l’analisi quantitativa della criminalità. Il secondo si riferisce alla criminalità registrata, ossia la registrazione dei fatti considerati reati da parte della polizia, della magistratura e del sistema penitenziario; il terzo è dato dalla criminalità reale, che si ottiene sommando tra loro la criminalità registrata e quella nascosta. Il computo della criminalità registrata è assai semplice, basandosi questa sulle statistiche ufficiali. Quella che resta difficile da stimare è la “cifra oscura”².

2. Il fenomeno della corruzione: gli aspetti quantitativi

Sulla base di quanto è stato fino ad ora, è facile intuire come quantificare il fenomeno della corruzione nel suo complesso sia un’impresa assai ardua e, vista la limitata possibilità dei dati giudiziari di misurare la diffusione della tematica in oggetto, si ricorre a metodi alternativi. Uno di questi consiste nel calcolo dell’indice della “corruzione percepita”, il cui acronimo è Cpi (*Corruption Perception Index*). Quest’ultimo viene elaborato, ogni anno, da Transparency International (Ti), la più grande organizzazione a livello globale che si occupa di prevenire e contrastare la corruzione. Si tratta di un punteggio numerico, assegnato a ciascuno degli Stati “monitorati” da Transparency International, che viene definito in base ad una serie di ricerche statistiche effettuate tra osservatori privilegiati (imprenditori, studiosi, giornalisti ecc.). Tale punteggio numerico è relativo alla percezione della corruzione in determinate categorie professionali che operano all’interno o all’esterno rispetto al Paese analizzato. Il suddetto studio permette di elaborare una graduatoria dei livelli di percezione della corruzione nei diversi Paesi del mondo³. Nel 2016, in seguito alle indagini condotte dall’organizzazione stessa, l’Italia è stata posta al 60° posto su 176 paesi del mondo sulla percezione della corruzione. Questo dato colloca il nostro Paese nella terzultima posizione tra i Paesi UE, superato in negativo solo da Grecia e Bulgaria. Nel 2017 è venticinquesima su 31 Stati, con un voto complessivo di 50 punti su 100, segno di una significativa distanza dai livelli auspicabili. Come affermano Raffaele Cantone ed Enrico Carloni in “Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni”, «la misurazione della corruzione mediante l’utilizzo del presente indice, risulta essere, però, molto imprecisa. Questo, perché, la percezione è qualcosa

² P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, Bari, 2007, p.12

³ P. Davigo, G. Mannozi, *La corruzione in Italia*, cit., p.96

di soggettivo che varia in base al campione scelto e dal risalto che ciascuno dei soggetti intervistati attribuisce alle notizie di cui viene a conoscenza⁴». Per agevolare la misurazione del fenomeno, l'Istat ha introdotto nell'indagine sulla sicurezza dei cittadini 2015-2016, una serie di quesiti sulla corruzione. Sulla base di questi, nel rapporto del 2017 si arriva a stimare che, nel corso della vita, il 7,9% delle famiglie sia stato direttamente coinvolto in eventi corruttivi. I dati sono dettagliati su base territoriale e sugli ambiti, da cui risulta essere molto diffusa la corruzione in ambito sanitario o per l'accesso ai benefici assistenziali e ai sussidi pubblici.

3. Il fenomeno della corruzione: gli effetti sulla collettività

Nonostante la complessità del fenomeno e la difficoltà di studiarne in modo completo tutte le sue angolazioni, la produzione scientifica sul tema corruzione è ancora oggi numerosa. Questo accade poiché sono molteplici le conseguenze che il reato corruttivo comporta. Le pratiche corruttive minano il principio di uguaglianza in quanto alterano le regole del gioco e intaccano le pari opportunità dei cittadini; contravvengono alle regole della concorrenza, comportano cattiva allocazione delle risorse pubbliche, innescando sistemi fiscali regressivi; indeboliscono la credibilità delle istituzioni, pregiudicando il sistema Paese. Si genera, invero, un effetto frenante sullo sviluppo economico e si condiziona sfavorevolmente la qualità del *welfare*⁵. La corruzione può comportare, inoltre, una diminuzione della fiducia che i singoli soggetti riversano nelle istituzioni; loro stessi potrebbero essere indotti a compiere ulteriori atti corruttivi per ottenere ciò che desiderano. È proprio per questo motivo che la corruzione, insieme a pochi altri reati, è considerata illecita in quasi tutti i Paesi del mondo. La gravità del fenomeno è espressamente affermata anche nella convenzione sulla corruzione nelle transazioni internazionali promossa dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), approvata il 17 dicembre 1997 a Parigi e ratificata in Italia con la legge 29 settembre 2000, n.300, qui di seguito riportata: « Il fenomeno della corruzione nelle transazioni economiche internazionali rappresenta un ostacolo rilevante allo sviluppo sostenibile e all'affermazione della democrazia. Il suo effetto può essere devastante per la crescita economica provocando anche distorsioni della libera concorrenza. La lotta alla corruzione rappresenta una delle principali sfide per la crescita globale»; vi è il riferimento anche nel preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 (Convenzione di Mèrida) e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n.116, che definisce la corruzione come una minaccia: «[...]che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori

⁴R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018

⁵M. De Angelis, *Politiche e strumenti anticorruzione in sanità*, M. Cerioni, M. De Angelis, S. Toschei (a cura di), *Anticorruzione nella sanità. Reazioni e azioni*, pp. 55-114, pp. 56-57 (Atti del Convegno di Ancona, 7-8 ottobre 2016)

democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto”, per i “nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro” e altresì per i “casi di corruzione relativi a considerevoli quantità di beni, i quali possono rappresentare una parte sostanziale delle risorse degli Stati, e che minacciano la stabilità politica e lo sviluppo sostenibile di tali Stati».

4. Il fenomeno della corruzione: la disciplina prevista dal Codice Penale

In Italia, le norme emanate dal legislatore per contrastare e reprimere i fenomeni corruttivi sono contenute nel Codice penale. Il testo risale al 1930 ed ha subito diverse modifiche nel corso degli ultimi anni. Le più recenti risalgono agli anni 2014-2015. Al fine della presente trattazione, i reati sui quali ci si focalizzerà sono quelli relativi ai delitti contro la pubblica amministrazione, contenuti nel Titolo secondo, Capo primo del Codice Penale. Gli articoli oggetto di esame sono il 314 primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter* primo comma, 319-*quater* primo comma, 320, 321, 322, 346, 353, 353-*bis*.

In tutti gli articoli sopra elencati, l’obiettivo del legislatore è quello di tutelare, *in primis*, l’imparzialità ed il buon andamento della Pubblica Amministrazione. Questi rappresentano i principi cardine dell’amministrazione stessa e trovano riconoscimento nell’articolo 97 della Costituzione. Tuttavia, come abbiamo già evidenziato precedentemente, questo non deve essere considerato come unico effetto che il legislatore tende a tutelare reprimendo e cercando di disincentivare l’attuazione di fatti corruttivi.

Qualsiasi reato di corruzione si basa su un patto, il *pactum sceleris*, in cui vi partecipano almeno due persone. Una di queste riveste il ruolo del corrotto, ossia colui che riceve la tangente, e l’altra che assume la posizione del corruttore, cioè il soggetto che offre denaro o altra utilità.

Sulla base delle informazioni fino ad ora fornite, approfondiremo ulteriormente il contenuto degli articoli sopra elencati.

4.1. Peculato (articolo 314 primo comma del Codice Penale)

Il reato di peculato si configura ogni qualvolta un soggetto, in particolare un pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, si appropria di denaro o cose appartenenti ad altri. L’articolo di riferimento è il 314 primo comma del Codice Penale il quale prevede espressamente che:

«il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di danaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi».

Il reato di peculato ha natura plurioffensiva. Ciò significa che esso tutela non solo la legalità, efficienza, probità ed imparzialità dell'attività della pubblica amministrazione, ma altresì il patrimonio della stessa o di terzi. La mancanza di un danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, purché rimanga sempre lesa il buon andamento della pubblica amministrazione, interesse tutelato dalla norma stessa. Le cose oggetto di peculato devono possedere un valore economico; a detta di ciò, il reato non sussiste se le stesse ne siano prive o ne abbiano uno esiguo in quanto l'azione non comporta una lesione del patrimonio della pubblica amministrazione⁶. A fini esemplificativi, risponde di peculato il notaio che trattiene per sé somme ricevute dai clienti per il versamento dell'imposta di registro inerente atti di compravendita immobiliare da lui rogati⁷. La qualifica di pubblico ufficiale spetta al notaio non solo nell'esercizio del suo potere certificativo, ma in tutta la sua complessa attività, disciplinata da norme di diritto pubblico⁸.

4.2. Concussione (articolo 317 del Codice Penale)

Si è in presenza del reato di concussione quando un soggetto esercente una pubblica funzione abusa della propria posizione al fine di dare o promettere, sia a lui che ad un terzo, danaro o altra utilità. L'articolo che lo disciplina è il 317 del Codice penale il quale afferma che:

«il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, danaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

Il presente articolo presuppone necessariamente in capo al soggetto attivo l'attualità dell'esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio. In base all'articolo 358 del Codice penale, l'incaricato di un pubblico servizio è il soggetto che svolge un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima. In assenza delle caratteristiche sopra descritte, la condotta non potrà identificarsi sotto il titolo del reato di concussione. Fino al 2012 vi erano due fattispecie di concussione: per costrizione e per induzione. La legge del 6 novembre 2012 n.190 ha eliminato il riferimento all'induzione, la quale

⁶ Cassazione penale, sez. IV, 10 gennaio 2011, n.256

⁷ Cassazione penale, sez. VI, 14 maggio 2015, n.20132

⁸ Cassazione penale, sez. V, 11 dicembre 2009, n.47178

viene disciplinata attualmente nell'articolo 319-*quater* del Codice penale. Il reato di concussione per costrizione viene attuato mediante minaccia, esplicita o implicita, da cui deriva una grande limitazione della libertà di autodeterminazione del destinatario che è posto di fronte all'alternativa di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebito⁹. Configura reato di concussione l'ipotesi in cui un medico, abusando della reputazione e della incondizionata stima di cui lo stesso gode all'interno di una struttura ospedaliera, richiede denaro in cambio della promessa di operare i pazienti personalmente. La presente condotta assume una forza di intimidazione notevole se si considera la posizione dei pazienti, esposti per le gravi condizioni di salute ad un rischioso intervento¹⁰.

4.3. *Corruzione per l'esercizio della funzione (articolo 318 del Codice Penale)*

La corruzione per l'esercizio della funzione si realizza quando un soggetto privato concede o promette denaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale per il compimento di un determinato atto rientrante nelle svolgimento delle proprie funzioni. In particolare, l'articolo 318 del Codice Penale afferma che:

«il pubblico ufficiale, che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a sei anni».

Gli interessi tutelati dall'articolo sono quelli della correttezza e del buon funzionamento della pubblica amministrazione. Gli atti compiuti dall'amministrazione devono essere attuati in una posizione di sostanziale e totale estraneità rispetto agli interessi privati; l'unico interesse da perseguire è quello dello Stato. Ai fini della configurabilità del reato, è sufficiente che vi sia stata ricezione dell'indebita retribuzione o accettazione della relativa promessa, risultando, dunque, ininfluenza il compimento o meno dell'atto, in vista del quale la retribuzione è stata elargita o la promessa formulata¹¹. L'atto o il comportamento devono, però, rientrare nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto. Si configura come delitto di corruzione il caso in cui il sindaco e gli assessori comunali appaltino incarichi a ditte private con la promessa di assunzione in favore di parenti o amici¹².

⁹ Cassazione penale, S.U., 14 marzo 2014, n.12228

¹⁰ Cassazione penale, sez. VI, 12 marzo 2013, n.11793

¹¹ Cassazione penale, sez. I, 4 febbraio 2004, n.4177

¹² Cassazione penale, sez. VI, 18 marzo 2008, n.12131

4.4. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (articolo 319 del Codice Penale)

La corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio è simile al reato prima descritto. In questo caso, però, il pubblico ufficiale viene “ricompensato” indebitamente per avere ommesso o ritardato un atto rientrante sempre nello svolgimento delle proprie funzioni. L'articolo 319 del Codice Penale presuppone che:

«il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver ommesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni».

La nozione di atto d'ufficio comprende una serie di “comportamenti umani” effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale; tali comportamenti possono riferirsi sia al compimento di atti di amministrazione attiva sia alla formulazione di richieste, di proposte o all'emissione di pareri¹³. In questo caso il soggetto agente accetta, dietro compenso, o di non esercitare la discrezionalità che gli è stata attribuita dall'ordinamento (omissione o ritardo dell'atto), o di usare tale discrezionalità in modo distorto, ponendo in essere una attività contraria ai suoi doveri d'ufficio¹⁴. Oggetto della prestazione può essere il denaro o un'altra utilità, che sia essa di natura patrimoniale, o che comprenda tutti quei vantaggi sociali le cui ricadute patrimoniali siano mediate ed indirette. La persona offesa dal presente delitto di corruzione è soltanto la Pubblica Amministrazione, che agisce con lo scopo di non rendere i propri atti oggetto di mercimonio.

4.5. Circostanze aggravanti (articolo 319-bis del Codice Penale)

L'articolo 319-bis del Codice Penale evidenzia tutte quelle circostanze che aggravano il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio disciplinato dall'articolo 319. Infatti lo stesso afferma che:

«la pena è aumentata se il fatto di cui all'art. 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene nonché il pagamento o il rimborso di tributi».

Nel presente articolo, il legislatore non si interessa al compimento o meno del fatto corruttivo, ma pone particolare attenzione all'oggetto dell'accordo criminoso.

¹³ Cassazione penale, sez. VI, 22 novembre 2006, n.38698

¹⁴ Cassazione penale, sez. VI, 25 febbraio 2016, n.7731

4.6. Corruzione in atti giudiziari (articolo 319-ter primo comma del Codice Penale)

L'articolo 319-ter del Codice Penale ha come obiettivo quello di punire i reati di corruzione per l'esercizio della funzione e di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio compiuti all'interno di un processo civile, penale o amministrativo al fine di favorire una delle parti. L'articolo prevede, dunque, che:

«se i fatti indicati negli artt. 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni».

L'articolo configura un reato autonomo, non una circostanza aggravante rispetto alle casistiche precedenti. La differenza è insita nelle finalità per cui la corruzione viene compiuta, ossia favorire o danneggiare una parte in un processo, sia esso civile, penale o amministrativo. Il delitto di corruzione si consuma con l'accettazione della promessa di denaro o di altra utilità indipendentemente dalla realizzazione del vantaggio perseguito dal corruttore¹⁵. Nella questione in esame, è l'atto che deve essere contrassegnato dal perseguimento di una finalità non imparziale al momento del suo compimento da parte del pubblico ufficiale. La *ratio* di tale norma è quella di garantire l'imparzialità dell'attività giudiziaria.

4.7. Induzione indebita a dare o promettere utilità (articolo 319-quater primo comma del Codice Penale)

L'induzione indebita a dare o promettere utilità si verifica ogni volta che un pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abusa della propria posizione al fine di ottenere, per lui o per un terzo, dei vantaggi indebiti. L'articolo che disciplina il presente reato è il 319-quater primo comma del Codice Penale il quale afferma che:

«salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi».

La fattispecie in questione, prima dell'introduzione della legge n.190/2012, era ricompresa nell'articolo 317 del Codice penale; ad oggi, invece, essa si configura come reato autonomo. Nella casistica, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, abusando della sua posizione, induce il privato a sottostare alle sue richieste, ponendolo in una situazione di timore. L'induzione comprende, dunque, ogni condotta che si configura come persuasione, suggestione, inganno,

¹⁵ Cassazione penale, sez. VI, 26 gennaio 2016, n.5264

pressione morale che tenda a condizionare la libertà di autodeterminazione del destinatario¹⁶. A differenza della costrizione, nel presente caso il privato non viene minacciato di un danno ingiusto, anzi potrebbe avere convenienza economica nel cedere alle richieste del pubblico ufficiale.

4.8. *Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (articolo 320 del Codice Penale)*

L'articolo 320 del Codice Penale estende le disposizioni contenute negli articoli, dallo stesso citati, anche all'incaricato di un pubblico servizio. La definizione di quest'ultimo, come già affermato in precedenza, può essere rinvenuta nell'articolo 358 del Codice penale. L'articolo esaminato precisa che

«le disposizioni degli artt. 318 e 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio.

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore ad un terzo».

4.9. *Pene per il corruttore (articolo 321 del Codice Penale)*

Nell'articolo 321 del Codice Penale il legislatore estende le pene previste per il corrotto, contenute negli articoli 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter* e 320, anche per il corruttore. Nella fattispecie, il soggetto passivo è necessariamente un funzionario della pubblica amministrazione; il soggetto attivo, invece, può anche non essere tale configurandosi dunque come soggetto privato. In particolare modo, l'articolo in questione afferma che:

«le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'art. 319, nell'art. 319-*bis*, nell'articolo 319-*ter* e nell'art. 320 in relazione alle suddette ipotesi degli artt. 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro o altra utilità».

4.10. *Istigazione alla corruzione (articolo 322 del Codice Penale)*

«Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'art. 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio a omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'art. 319, ridotta di un terzo.

¹⁶ Cassazione penale, sez. VI, 14 dicembre 2015, n.49275

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro ad altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'art. 319».

L'istigazione alla corruzione si configura come reato di mera condotta. Il colpevole agisce per trarre utilità o per conseguire una controprestazione derivante dal comportamento del funzionario amministrativo. A tal fine, il soggetto attivo induce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio a commettere il fatto corruttivo mediante offerta, promessa di denaro o altra utilità. L'offerta si caratterizza per la spontanea ed immediata messa a disposizione di denaro, mentre la promessa costituisce l'impegno ad una prestazione futura. In entrambi i casi, la serietà dell'offerta deve essere correlata al tipo di controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del pubblico ufficiale, nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si è verificato.

4.11. *Millantato credito (articolo 346 del Codice Penale)*

Il reato di millantato credito si verifica ogni qualvolta un soggetto vanta un'influenza notevole nei confronti di un pubblico ufficiale o pubblico impiegato e la utilizzi al fine di far ottenere a se stesso o ad un terzo denaro o altra utilità come prezzo per la propria intermediazione. L'articolo 346 del Codice Penale che disciplina il reato afferma che:

«chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da trecentonove euro a duemilasesantacinque euro.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da cinquecentosedici euro a tremilanovantotto euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare».

Nel presente articolo si hanno due fattispecie distinte. La prima consiste nel millantare un credito, ossia farsi dare o promettere somme di denaro o utilità come prezzo per la propria mediazione; "millantare un credito" significa vantarsi di una influenza inesistente o esagerarne una effettivamente esistente. La seconda fattispecie ha come scopo ottenere o farsi promettere denaro o altra utilità con il pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale. Ai fini del delitto, è

irrilevante che il pubblico ufficiale abbia o meno emesso il provvedimento, in quanto il reato si consuma nel momento in cui l'agente richiede l'utilità con il pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale¹⁷.

4.12. *Turbata libertà degli incanti (articolo 353 del Codice Penale)*

Il reato di turbata libertà degli incanti ha come fine quello di impedire o compromettere la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private. L'articolo che lo disciplina è il 353 del Codice Penale il quale sottolinea che:

«chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da centotre euro a milletrentadue euro.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da cinquecentosedici euro a duemilasessantacinque euro.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.»

Il legislatore intende tutelare sia la libera concorrenza che l'interesse della Pubblica Amministrazione durante lo svolgimento degli incanti e della licitazione privata. In particolare, mira a garantire che le gare pubbliche si svolgano in modo libero e regolare, consentendo una corretta concorrenza tra i partecipanti, al fine di pervenire a giuste e convenienti condizioni per la vendita di beni o l'aggiudicazione di servizi¹⁸. Tra le gare attuate dalla Pubblica Amministrazione, nel presente articolo ci si riferisce esplicitamente all'incanto e alla licitazione privata. Il primo attiene ad una procedura attuata dall'ente pubblico per la stipulazione di contratti con i privati; esso consiste in una gara aperta a tutti nella quale verrà selezionato il soggetto che presenta l'offerta maggiormente vantaggiosa. Il secondo, invece, si riferisce sempre ad una procedura attuata dalla Pubblica Amministrazione per la stipulazione di contratti con i privati; tuttavia in questo caso, alla gara aperta partecipa un numero ristretto di soggetti ritenuti idonei a fornire la prestazione oggetto della gara stessa. In entrambi i casi, indipendentemente dal risultato della gara, il reato si ritiene commesso, essendo sufficiente la deviazione del suo regolare svolgimento.

¹⁷ Cassazione penale, sez. VI, 12 settembre 2006, n.30150

¹⁸ Cassazione penale, sez. VI, 12 marzo 2009, n.11005

4.13. Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (articolo 353-bis del Codice Penale)

Il reato in oggetto si realizza quando un soggetto altera un procedimento amministrativo volto a redigere il contenuto di un bando necessario a determinare le modalità di scelta del contraente da parte della Pubblica amministrazione. L'articolo 353-bis del Codice Penale evidenzia che:

«salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032».

La norma in esame tutela la libertà contrattuale della Pubblica Amministrazione. Nella presente, si puniscono le condotte che mirano ad alterare la libertà di scelta del contraente da parte dell'amministrazione stessa mediante l'alterazione del procedimento amministrativo volto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto ed esso equipollente.

Il voluminoso impianto normativo non è, tuttavia, in grado di far emergere tutti i fatti illeciti commessi ed impedirne la loro continua attuazione. Questo perché, come molti studiosi affermano, le leggi non sono capaci di contrastare radicate abitudini culturali, essendo la corruzione soprattutto un problema culturale¹⁹. Inoltre il complesso normativo è, senza alcun dubbio, capace di sanzionare i colpevoli del reato intervenendo, però, a fatto già compiuto. L'obiettivo del legislatore è, *in primis*, quello di prevenire il reato, ossia evitare che venga realizzato; intervenire successivamente, infatti, risulterebbe relativamente proficuo. Nel perseguire lo scopo, l'ordinamento ha introdotto differenti strumenti a prevenzione della corruzione di cui si parlerà nel capitolo successivo.

¹⁹ M. De Angelis, *Politiche e strumenti anticorruzione in sanità*, M. Cerioni, M. De Angelis, S. Toschei (a cura di), *Anticorruzione nella sanità. Reazioni e azioni*, pp. 55-114, pp. 69-70 (Atti del Convegno di Ancona, 7-8 ottobre 2016)

CAPITOLO II

L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE E LA PRATICA DEL *WHISTLEBLOWING*

1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione

La prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche è al giorno d'oggi affidata alla Autorità Nazionale Anticorruzione. Come espressamente riportato dalla stessa, la missione della presente Autorità «può essere individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione, nonché mediante attività conoscitiva²⁰». L'attribuzione della lotta alla corruzione ad Autorità specializzate risponde alle richieste elaborate da parte delle più importanti convenzioni in materia. Queste ultime sollecitano ad individuare all'interno di ogni ordinamento, amministrazioni che siano indipendenti e dotate di risorse proprie sufficientemente adeguate a far fronte ai compiti loro affidati ed al conseguimento degli obiettivi preposti. Tra queste possiamo citare la convenzione penale sulla corruzione del Consiglio dell'Europa del 1999 ed, in particolar modo, la Convenzione di Merida del 2003, ratificata dall'Italia con la legge n.116 del 3 agosto 2009. Quest'ultima, nell'articolo 6, prevede che «ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione.[...] Ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Le risorse materiali ed il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può avere bisogno per esercitare le sue funzioni, dovrebbero essere loro forniti».

Già prima della convenzione di Merida, però, in Italia era stato istituito, con la legge n.3 del 16 gennaio 2003, l'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto alla corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione, le cui funzioni furono attribuite dal

²⁰www.anticorruzione.it

d.p.r. n.258 del 6 ottobre 2004. La problematica di tale organo era la sua dipendenza funzionale dalla presidenza del Consiglio dei ministri che portava, dunque, al venire meno del requisito dell'indipendenza, espressamente previsto dalla convenzione prima citata. Con il decreto legge n.112 del 2008, l'Alto Commissario venne, poi, soppresso in quanto di poco rilievo dal punto di vista nazionale. Le sue funzioni vennero trasferite al dipartimento della Funzione pubblica che istituì al suo interno il Servizio anticorruzione e trasparenza, rimasto in essere fino all'entrata in vigore della legge n.190 del 2012. In seguito alla ratifica da parte dell'Italia della convenzione di Merida, fu proprio il dipartimento della Funzione pubblica ad essere designato come Autorità Nazionale Anticorruzione, così come sancito dalla legge di ratifica, la quale afferma che « è designato quale autorità nazionale ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione il soggetto al quale sono state trasferite le funzioni dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione [...] Al soggetto di cui al comma 1 sono assicurate autonomia ed indipendenza nell'attività.»

Nel 2009, venne successivamente istituita la Commissione per la valutazione, trasparenza e integrità dell'amministrazione (CIVIT). La sua funzione era quella di favorire nella pubblica amministrazione la cultura della trasparenza anche attraverso strumenti di prevenzione della corruzione. Con la legge Severino, la CIVIT viene individuata come Autorità Nazionale Anticorruzione, in quanto possedeva già competenze in materia di trasparenza; il dipartimento della Funzione pubblica, invece, viene assoggettato ad ulteriori poteri rilevanti. La presente soluzione, però, mostrava alcune complicazioni, dovute in particolar modo alla difficoltà di individuare con precisione a chi spettava effettivamente lo svolgimento di una determinata funzione. I casi Expo e Mose, di cui si è discusso ampiamente nel primo capitolo della presente trattazione, hanno portato ad ulteriori cambiamenti normativi al fine di procedere con una riforma della pubblica amministrazione. Con il decreto Madia si procede, infatti, al cambiamento del nome dell'Autorità, che assunse l'acronimo ufficiale ANAC, e alla modifica dei rapporti esistenti tra il dipartimento della Funzione pubblica e l'Autorità stessa, trasferendo all'ANAC tutti i poteri in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza. Infine, si attribuì a quest'ultima un potere sanzionatorio in materia di anticorruzione con un incremento dei canali informativi a disposizione per poter meglio attuare i propri compiti di vigilanza. All'ANAC vennero, inoltre, trasferite le funzioni e le risorse precedentemente detenute dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp), a cui spettava la vigilanza sugli appalti.

1.1 Il Piano Nazionale Anticorruzione

Al dipartimento della Funzione pubblica spetta la predisposizione, sulla base di linee di indirizzo adottate da un Comitato interministeriale, del Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) successivamente approvato dalla CIVIT, individuato appunto dalla legge come Autorità Nazionale Anticorruzione. L'obiettivo del Piano Nazionale Anticorruzione è quello di coordinare le strategie di prevenzione della corruzione attuate all'interno della pubblica amministrazione. Infatti, sulla base delle indicazioni contenute nel P.N.A, ogni amministrazione pubblica, a livello decentrato, definisce un Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.). Tramite quest'ultimo si procede con l'analisi e la valutazione di tutti i rischi attinenti alla corruzione; una volta che questi vengono individuati, si predispongono gli interventi volti a prevenirli. Il Piano Nazionale Anticorruzione è suddiviso in tre parti: la prima, nella quale vengono esposti gli obiettivi strategici e le azioni previste da implementare sia a livello nazionale che internazionale; la seconda, invece, contiene la descrizione delle strategie di prevenzione da attuare a livello decentrato. La terza sezione, infine, disciplina le modalità di comunicazione delle informazioni al dipartimento della Funzione pubblica per procedere alla loro raccolta ed elaborazione al fine dello sviluppo di ulteriori strategie. Il sistema, infatti, deve garantire che le strategie attuate a livello nazionale siano modificate ed adattate a seconda delle esigenze denunciate dalle amministrazioni. Questo permette di elaborare metodi di prevenzione maggiormente idonei, mirati ed incisivi.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, oltre ad essere l'Autorità cardine per la prevenzione dei fenomeni corruttivi, risulta essere al giorno d'oggi anche il simbolo di un'evoluzione nei rapporti tra amministrazione e cittadini. Questa, infatti, è chiamata a denunciare abusi e distorsioni che vengono, spesso, segnalati alla stessa e successivamente esaminate. Il dialogo immediato con l'ANAC «pare invero contribuire a promuovere il formarsi di una cittadinanza attiva, meno rassegnata e sempre più partecipe del fenomeno amministrativo²¹». Alcune delle denunce che pervengono all'Autorità Nazionale Anticorruzione sono effettuate dal cosiddetto *whistleblower*.

2. Il whistleblower

Il termine *whistleblower* indica il soggetto che, durante lo svolgimento del proprio incarico lavorativo, viene a conoscenza di irregolarità compiute nello stesso e decide di denunciarle alle Autorità competenti. La presente figura venne inizialmente disciplinata dall'articolo 1, comma 51 della legge n.190 del 2012, la cosiddetta Legge Severino, modificato successivamente dalla legge

²¹ M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene editore, Napoli, 2017, p.767

n.114 del 2014 e poi dalla legge n.179 del 20 novembre 2017. In Italia, dunque, la prima normativa in materia si ha soltanto nel 2012, mentre in altri Paesi come gli Stati Uniti già nel 1863 erano presenti delle leggi che corrispondevano premi in denaro a coloro che avessero denunciato eventuali irregolarità compiute ai danni del governo. La normativa di riferimento è il False Claims Act emanato da Abraham Lincoln proprio nel 1863. La novella afferma che «*The False Claims Act (FCA) allows private persons to file suit for violations of the FCA on behalf of the government. A suit filed by an individual on behalf of the government is known as a “qui tam” action, and the person bringing the action is referred to as a “relator.”*»[...]

If the government intervenes in the qui tam action, the relator is entitled to receive between 15 and 25 percent of the amount recovered by the government through the qui tam action. If the government declines to intervene in the action, the relator’s share is increased to 25 to 30 percent. Under certain circumstances, the relator’s share may be reduced to no more than ten percent. If the relator planned and initiated the fraud, the court may reduce the award without limitation. »

Successivamente, nel 1912, attraverso il Lloyd-La Follette Act si arriva anche a disciplinare la tutela dal licenziamento nei confronti di tutti i dipendenti federali che avessero denunciato al Congresso i reati commessi dai loro superiori. È utile ricordare a tal proposito che proprio grazie alla denuncia effettuata da due segnalanti, Daniel Ellsberg e Mark Felt, si arrivò alle dimissioni del Presidente degli Stati Uniti d’America Richard Nixon. Lo scandalo, conosciuto come Watergate, ha inizio il 17 giugno 1972 quando cinque uomini appartenenti al comitato per la rielezione di Richard Nixon furono arrestati mentre penetravano illegalmente nella sede del Partito Democratico di Watergate, a Washington, con il fine di installare apparecchiature di ascolto. Dal presente episodio, iniziarono una serie di inchieste che portarono alla luce l’abuso di potere del Presidente, l’utilizzo da parte di quest’ultimo di denaro pubblico a scopo personale ed il compimento di frode fiscale. Fu proprio per questo motivo che Richard Nixon, l’8 agosto 1974, si presentò in televisione annunciando le sue dimissioni incondizionate.

Dal punto di vista internazionale, sia la convenzione Onu di Merida del 2003 sia la convenzione contro la corruzione promossa dal Consiglio d’Europa del 1999 disciplinano la tutela nei confronti delle persone che comunicano informazioni. In particolar modo, la prima nell’articolo 33 afferma che «ciascuno Stato Parte esamina la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione.»

La seconda, invece, nell'articolo 9 cita che «ciascuna Parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili.»

Come possiamo notare, la convenzione di Merida può essere considerata come un suggerimento rivolto agli Stati ad introdurre nel loro contesto normativo una disciplina idonea a tutelare chiunque denunci eventuali irregolarità concernenti tutti i reati presenti nella convenzione stessa. La convenzione del Consiglio d'Europa, invece, obbliga gli Stati a redigere un impianto normativo volto alla tutela del dipendente che denunci fatti di corruzione. Nella fattispecie, ci si riferisce esclusivamente alla tutela dei dipendenti, ossia soggetti che provengono dal contesto lavorativo. Si crea, dunque, una differenza nei destinatari delle convenzioni che, nel primo caso, sono tutti i soggetti, siano essi lavoratori o meno, mentre nel secondo sono coloro che operano in un contesto lavorativo.

Come già precedentemente riportato, fino al 2012 in Italia non era presente una norma specifica a tutela del soggetto che segnalava eventuali illeciti. Meglio, negli articoli 361 e 362 del Codice Penale era previsto, a carico di alcuni dipendenti pubblici, l'obbligo di denunciare i reati di cui venivano a conoscenza purché la notizia dei presenti fosse appresa durante lo svolgimento o a causa delle loro funzioni. Fu solo con la Legge Severino che inizia a prendere forma una legge specifica a favore del dipendente che denuncia illeciti. In particolare, l'articolo 54-*bis* della legge n. 190 del 6 novembre 2012 afferma che « il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia.»

Nella presente, ciò che il dipendente pubblico denuncia sono condotte illecite. Rientrano nella fattispecie, quindi, anche le violazioni amministrative e disciplinari, «una scelta che permetteva di portare a conoscenza degli organi competenti fatti di cattiva gestione amministrativa, che potevano essere spia di ben più gravi fatti di reato²²». Le condotte illecite, però, devono essere apprese durante lo svolgimento delle proprie funzioni, o comunque a causa delle stesse. Non rientrano, dunque, nell'ambito di applicazione della presente normativa tutte le irregolarità di cui si viene a conoscenza al di fuori dello svolgimento dei propri incarichi lavorativi. La legge prosegue

²² R.Cantone, E.Carloni, *Corruzione e anticorruzione*, cit., p.141

affermando che eventuali fenomeni discriminatori di cui il dipendente risulta essere vittima a seguito della segnalazione devono essere comunicati al dipartimento della Funzione pubblica. Quest'ultima, però, non detiene nessun potere che le permetta di intervenire. Il dipendente, dunque, è costretto a rivolgersi al giudice del lavoro, sostenendo gli oneri relativi alla causa il cui esito risulta essere del tutto incerto.

Nella legge Severino viene, inoltre, disciplinata anche la tutela della riservatezza del segnalante. La novella cita che «nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato.»

In realtà, la suddetta tutela presenta alcune problematiche. È prevista la riservatezza dell'identità del segnalante, ma questa può essere rilevata se la sua conoscenza risulti essere indispensabile per il segnalato al fine dell'organizzazione della propria difesa. Inoltre, nel caso di trasmissione della denuncia alla procura della Repubblica, l'identità del segnalante può divenire nota al denunciato fin dalla fase delle indagini.

La legge n.179 del 30 novembre 2017 modificherà l'articolo 54-*bis* fino ad ora esaminato. In particolar modo, variano i destinatari della tutela che non sono solo i dipendenti pubblici ma anche coloro che operano all'interno degli enti pubblici, degli enti locali, delle autorità indipendenti, delle società pubbliche controllate ed i dipendenti delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica. Un ulteriore novità introdotta dal nuovo articolo 54-*bis* attiene all'inserimento dell'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione pubblica. Infatti, viene esplicitato che «è a carico dell'amministrazione pubblica o dell'ente di cui al comma 2 dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa. Gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione o dall'ente sono nulli.»

Viene, inoltre, integrata la tutela della riservatezza del segnalante. In particolar modo « nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla

segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.» Ciò significa che, nel procedimento penale l'identità del segnalante viene tutelata fino a quando gli atti non divengono pubblici. Con riferimento al processo dinanzi alla Corte dei Conti, la riservatezza resta tale fino alla chiusura della fase istruttoria. Nel caso in cui la denuncia del dipendente si basi esclusivamente sulla segnalazione, questa potrà essere utilizzata solo se il segnalante acconsente a rendere nota la propria identità. In caso contrario, la denuncia non potrà essere utilizzata al fine del procedimento disciplinare. «Ciò equivale a condizionare la segretezza a elementi di “riscontro” dei fatti denunciati, ossia lo stesso rigore probatorio riservato alle dichiarazioni dei coimputati, per i quali vale una presunzione relativa di inattendibilità²³». Le denunce effettuate dal dipendente presuppongono la presenza della buona fede. La legge, infatti, predispone fermamente che «le tutele di cui al presente articolo non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.»

In occasione della presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del *whistleblowing* avvenuto a Roma, il 22 giugno 2017, a cura di Raffaele Cantone, Nicoletta Parisi, Anna Corrado e Maria Giuseppina Greco, emerge come ci sia stata una tendenziale crescita del numero di segnalazioni che giungono all'Autorità Nazionale Anticorruzione. Il monitoraggio è stato eseguito sia sulle segnalazioni pervenute all'ANAC dal 1° gennaio 2016 al 31 maggio 2017 sia su un campione costituito da 36 soggetti, scelti tra amministrazioni pubbliche e società pubbliche, di cui sono state prese in considerazione solo le segnalazioni relative al 2016. I soggetti segnalanti sono principalmente i dipendenti pubblici, i dirigenti, i militari, i consiglieri comunali ed i responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT). Questi ultimi rappresentano in ciascuna amministrazione il centro della gestione del processo di segnalazione ad opera del *whistleblower*. In tutte quelle situazioni e realtà in cui il RPCT ha saputo operare con efficacia e con esiti importanti, si è riusciti a trasmettere fiducia nell'istituto del *whistleblowing* che ha portato ad un incremento del numero e delle qualità delle segnalazioni.

²³ F. Coppola, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, in *Diritto penale e processo* 4/2018, Aprile 2018, p.480

È, inoltre, possibile far pervenire all'ANAC segnalazioni anonime. Infatti, secondo quanto previsto dalla legge n.179 del 30 novembre 2017 « L'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione.» Le presenti segnalazioni, se di particolare rilevanza e se adeguatamente circostanziate, possono essere utilizzate come strumento di integrazione ad ulteriori informazioni già a disposizione dell'Autorità e raccolte dalla stessa durante l'esercizio della sua attività di vigilanza.

Nonostante il nostro Paese presenti un impianto normativo a tutela del *whistleblower*²⁴ e sebbene i dati fin qui esposti dimostrino che il numero di segnalazioni, nel corso degli ultimi anni, siano aumentate, la pratica del *whistleblowing* non è ancora del tutto ampiamente diffusa all'interno del territorio. Resta, infatti, ancora oggi molto scetticismo al riguardo; in particolar modo, ciò che spinge il segnalante a non denunciare eventuali irregolarità di cui viene a conoscenza è la paura di essere sottoposto a comportamenti discriminatori messi in atto dal suo superiore gerarchico ma anche la possibilità di essere allontanato dai propri colleghi. Altri fattori che incidono sulla mancanza di collaborazione sono la scarsa fiducia nei confronti delle istituzioni e delle giustizia di risolvere eventuali problematiche e «la strisciante sottocultura del “così fan tutti”, che trasforma l'illegalità del “codice corruttivo” in legalità alternativa per acquiescenza²⁵».

²⁴ Il 16 Aprile 2019 è stata approvata dal Parlamento europeo la legge volta alla tutela dei lavoratori i quali segnalano violazioni del diritto comunitario. Vengono, altresì, introdotte delle garanzie al fine di evitare ritorsioni in capo al segnalante ed a eventuali facilitatori, colleghi e parenti.

²⁵ P. Davigo, G.Mannozi, *La corruzione in Italia*, cit., p.39 ss.

CAPITOLO III

L'AGENTE INFILTRATO COME METODO DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

1. L'evoluzione storica della normativa in tema di agente sotto copertura

La corruzione continua ad essere, ancora oggi, un argomento di notevole importanza. Per cercare di contrastare e ridurre la presenza di tale fenomeno, il legislatore è sempre alla ricerca di nuovi strumenti da introdurre all'interno del nostro ordinamento. A tal proposito, è recentemente entrata in vigore la legge n.3 del 9 gennaio 2019 relativa alle "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" promossa dal Ministro della giustizia Alfonso Bonafede. Una delle principali novità relativamente alle legge in questione è contenuta nell'articolo 8. Quest'ultimo, infatti, prevede la possibilità di usufruire della figura dell'agente sotto copertura al fine di contrastare i reati contro la pubblica amministrazione. È utile precisare che la figura dell'agente infiltrato, fino all'introduzione della normativa prima citata, era utilizzabile solo con riferimento a specifici reati tra i quali non erano annoverati quelli compiuti contro la pubblica amministrazione. Con l'articolo 8 della nuova legge, il legislatore amplia i campi di applicazione delle operazioni *undercover*. Si procede, dunque, alla modifica dell'articolo 9 della legge n.146 del 16 marzo 2006 la quale ha permesso di unificare le singole normative precedentemente in vigore. L'articolo 8 della legge n.3 del 9 gennaio 2019 afferma che: «All'articolo 9, comma 1, della legge 16 marzo 2006, n. 146, la lettera a) è sostituita dalla seguente: «a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti,

sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali».

La figura dell'agente sotto copertura, però, non deve essere considerata di recente introduzione. Già nel sistema francese del XVII e XVIII secolo, infatti, il Governo incaricava soggetti privati che, in cambio di utilità personale o di benefici vari, individuavano e denunciavano alle autorità competenti i soggetti facenti parte di gruppi sovversivi o oppositori al fine di preservare e tutelare il Sovrano. Successivamente, tale compito iniziò ad essere assolto dalla polizia segreta. Ma a cosa ci si riferisce quando si tratta di attività sotto copertura? Secondo Alfonso Falcone, con tale terminologia «si indica normalmente quel complesso di attività investigative nelle quali una persona, solitamente un ufficiale della polizia giudiziaria, ma anche un privato cittadino, celando la propria identità, si infila all'interno di organizzazioni criminali allo scopo di scoprirne la struttura, sottrarre risorse essenziali, denunciare i partecipanti²⁶». È proprio dall'esigenza investigativa di infiltrarsi nelle associazioni criminali per cercare di ricostruirne la struttura ed individuarne i soggetti i quali, al loro interno, assumono ruoli significativi che il legislatore è spinto ad introdurre una normativa volta alla tutela degli agenti sotto copertura.

La figura dell'agente infiltrato viene disciplinata per la prima volta con l'articolo 25 della legge n. 162 del 1990, a cui è seguito il d.p.r. n.309 del 1990. Si diede, così, attuazione a quanto previsto dall'articolo 11 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti. Prima dell'introduzione di queste normative, la responsabilità dell'agente infiltrato veniva scriminata dando attuazione agli articoli 51 del Codice penale e all'articolo 55 del Codice di procedura penale. Questi, però, potevano essere applicati solo se gli interventi avessero avuto ad oggetto il controllo, l'osservazione ed il contenimento dell'azione illecita compiuta da altri. L'articolo 51 del c.p. afferma che «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine

²⁶ A. Falcone, *L'agente sotto copertura*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2014, p.XII

illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine». Il presente articolo, però, deve essere letto in combinato con l'articolo 55 del c.p.p. qui di seguito riportato: « La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale.

2. Svolge ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria.

3. Le funzioni indicate nei commi 1 e 2 sono svolte dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria».

La responsabilità dell'agente, dunque, può essere limitata in base agli articoli sopra citati se vi è l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da una Autorità e se l'adempimento a tale ordine avviene durante lo svolgimento di indagini. La scriminante prevista dall'articolo 55 del c.p.p. può essere applicata solo con riferimento agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria, mentre la non punibilità dell'articolo 51 del c.p. può essere estesa anche ad un soggetto privato il cui intervento venga richiesto dalla pubblica autorità. Secondo la giurisprudenza, la condotta del privato che collabora ad una operazione di polizia è esente da punibilità solo se il suo contributo non abbia superato il limite dell'attività di mero controllo, osservazione e contenimento della condotta criminosa e se, nello svolgimento di tali operazioni, dia fedele esecuzione ad ordine legittimo impartito dall'autorità.

Solo con l'articolo 97 del d.p.r. n.309 del 1990, oggi confluito nell'articolo 9 della legge n.146 del 2006, il legislatore estende le cause di non punibilità relativamente ad operazioni compiute dall'agente infiltrato che ben si allontanano dalla semplice osservazione e contenimento del reato. L'articolo 97, comma 1 prevedeva che potessero essere investiti dell'incarico sotto copertura solo gli ufficiali di polizia giudiziaria addetti alle unità specializzate antidroga addestrati ed esperti del settore. L'agente, però, non poteva agire di propria iniziativa in quanto la sua operazione doveva essere autorizzata ed organizzata dalla direzione centrale antidroga. Il comma 4 dell'articolo 97 prevedeva, inoltre, la possibilità per l'ufficiale di potersi servire di ausiliari e di interposte persone, estendendo ad essi le cause di non punibilità previste per gli stessi ufficiali.

Con la legge n.136 del 2010, il legislatore ha abrogato la normativa in tema di stupefacenti facendola confluire nella legge n.146 del 2006. Quest'ultima continua ad escludere la responsabilità dell'agente sotto copertura secondo quanto previsto dall'articolo 51 del Codice penale e non muta i profili soggettivi necessari all'agente *undercover* per essere definito come tale. In particolar modo,

possono essere definiti agenti sotto copertura «gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze». L'attività sotto copertura che viene svolta deve essere disposta da particolari organismi preposti istituzionalmente al contrasto del fenomeno criminale che si intende reprimere. La finalità dell'agente è quella di acquisire elementi di prova che scaturiscono durante lo svolgimento di specifiche operazioni di polizia. Queste, però, devono essere condotte con riferimento a specifici reati, dettagliatamente previsti ed elencati nella normativa stessa. Si tratta dei delitti previsti «dagli articoli 473, 474, 629, 630, 644, 648-*bis* e 648-*ter*, nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75». La normativa fin qui esaminata ha come finalità quella di escludere la punibilità degli agenti sotto copertura che, nello svolgimento delle operazioni relativamente ai reati sopra citati, «danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali».

Vista l'insidiosità di tali tecniche, però, sia a livello nazionale sia a livello europeo, si sono sempre preferiti metodi di indagine alternativi, dove possibili ed applicabili.

2. La valenza probatoria degli elementi acquisiti dall'agente sotto copertura

Una volta definiti i reati per i quali vi è la possibilità di svolgimento di operazioni *undercover*, è ora necessario stabilire quali sono le documentazioni e le prove acquisite dall'agente stesso utilizzabili al fine del processo contro l'indagato. Durante lo svolgimento delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria sono tenuti a documentare tutte le attività svolte in forma integrale o riassuntiva. Questo risulta essere necessario per poter attestare l'effettiva esistenza dell'atto compiuto. Senza dubbio, questo dovere sussiste anche in relazione alle attività svolte dall'agente sotto copertura anche se è facile intuire come, in questa occasione, la verbalizzazione completa dell'operazione svolta

comporterebbe il venir meno della segretezza caratterizzante l'intervento stesso. A tal fine, possono essere utilizzate due tipologie di documentazione: l'annotazione, ossia una documentazione rivolta all'autorità giudiziaria e la relazione di servizio, volta ad informare l'ufficio di appartenenza o il superiore gerarchico. Sia la dottrina che la giurisprudenza non pongono alcun dubbio sulla valenza probatoria delle relazioni di servizio e, dunque, sulla loro utilizzazione in sede processuale.

In alcune occasioni, gli agenti sotto copertura possono avvalersi anche di strumenti tecnologici per effettuare registrazioni, siano esse audio che video. È utile, dunque, precisare la distinzione che intercorre tra intercettazioni e registrazioni fonografiche. Le prime si verificano ogni qualvolta vi sia «una captazione occulta di comunicazioni o conversazioni tra due o più soggetti attuata da parte di un terzo estraneo alla medesima comunicazione o conversazione²⁷». Le registrazioni fonografiche, invece, pur avendo come oggetto la memorizzazione su apparati tecnologici di conversazioni, si caratterizzano per la non terzietà dell'agente operante la registrazione stessa. Molto spesso, infatti, i colloqui che si instaurano tra i soggetti scaturiscono da dichiarazioni provocate dall'agente stesso. Con riferimento all'utilizzabilità di tali registrazioni, i giudici di legittimità affermano che: «[...] la registrazione effettuata dalla polizia giudiziaria di dichiarazioni, conversazioni, colloqui non è utilizzabile processualmente tutte le volte che viola il divieto di testimonianza posto dagli artt. 62²⁸ e 195²⁹ c.p.p., comma 4, quello della ricezione di dichiarazioni indizianti rese, senza il rispetto delle garanzie difensive, dalla persona sottoposta ad indagini o dall'imputato (art. 63³⁰ c.p.p.), nonché quello concernente le dichiarazioni dei cd. "confidenti" della polizia e dei servizi di sicurezza (art. 203³¹ c.p.p.)³²». Dunque, le registrazioni fonografiche hanno valenza probatoria nel caso in cui non violino gli articoli contenuti nella norma stessa.

Ma cosa accade se, durante lo svolgimento di operazioni sotto copertura, l'agente infiltrato dovesse venire a conoscenza del compimento di ulteriori reati differenti da quello per cui l'attività stessa di indagine ha avuto inizio? Secondo la Corte di Cassazione, senza dubbio la conoscenza di nuovi reati rappresenta una *notitia criminis* sulla quale è necessario proseguire con ulteriori indagini al fine di

²⁷ A. Falcone, *L'agente sotto copertura*, cit., pag.110

²⁸ Articolo 62, comma 1, c.p.p.: «Le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza.»

²⁹ Articolo 195, comma 4, c.p.p.: «Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettera a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo.»

³⁰ Articolo 63, comma 2, c.p.p.: «Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate.»

³¹ Articolo 203 c.p.p.: « Il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate. 1-bis. L'inutilizzabilità opera anche nella fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni.»

³² Cassazione penale, Sezioni Unite, 28 maggio 2003 n.36747

acquisire ulteriori elementi probativi. Infatti, in base all'articolo 55, comma 1 del c.p.p., già precedentemente riportato, la polizia giudiziaria deve prendere notizia dei reati ed evitare le possibili conseguenze. Partendo da ciò, gli elementi probatori acquisiti durante lo svolgimento di operazioni *undercover* possono essere utilizzati per un diverso procedimento. Inoltre, l'articolo 112 della Costituzione afferma che: «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». Per i motivi sopra indicati, risulta evidente che la polizia giudiziaria sia tenuta a ricercare elementi di prova in relazione a reati differenti rispetto a quello per cui era stata concessa l'autorizzazione alle indagini. Situazione differente, invece, appare essere il caso in cui gli elementi di prova vengano acquisiti durante lo svolgimento di indagini a monte non autorizzate. In base all'articolo 191, comma 1 del c.p.p. «Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Dunque, se le operazioni sotto copertura vengono compiute anche se prive di idonea autorizzazione, le prove acquisite durante lo svolgimento delle stesse non possono essere utilizzate e l'agente *undercover* può essere, di conseguenza, sottoposto a sanzioni penali.

3. Il ruolo dell'agente sotto copertura nella fase processuale

Una tematica da approfondire è relativa alla funzione che assolve l'agente *undercover* durante lo svolgimento del processo. La prima questione da valutare è se l'agente in questione rivesta la qualifica di testimone o di imputato durante la fase processuale. Definire con precisione il suo ruolo risulta essere essenziale al fine della valenza probatoria delle dichiarazioni da quest'ultimo rilasciate. A tal proposito, sono principalmente due gli orientamenti che si sviluppano con riguardo a tale questione. Un primo orientamento asserisce che l'organo inquirente debba comunque procedere con l'iscrizione del nominativo dell'agente nel registro delle notizie di reato con successiva archiviazione richiesta al Giudice. Coloro che sostengono il secondo orientamento, invece, affermano l'inutilità di un processo nei confronti di un soggetto che si è limitato esclusivamente ad assolvere ai propri doveri. Ovviamente, il presente pensiero non trova applicazione nei casi in cui lo stesso agente, nel compimento delle proprie operazioni, abbia abusato della propria posizione oltrepassando i limiti imposti dalla legge stessa. Nell'ipotesi in cui non si proceda con l'iscrizione nel registro delle notizie di reato del nominativo dell'agente, quest'ultimo potrà essere sentito in qualità di testimone durante lo svolgimento del processo. In questo caso, le sue dichiarazioni risulteranno essere dotate di un'autonoma valenza probatoria. In caso contrario, invece, le asserzioni rese dallo stesso non sarebbero provviste della medesima valenza; dunque, dovrebbero essere acquisiti ulteriori elementi per verificarne l'attendibilità. In tale eventualità, inoltre, l'articolo 62 del c.p.p., già precedentemente menzionato, sancisce il divieto all'uso di tutte le dichiarazioni rilasciate da un soggetto indagato o imputato nel corso di un procedimento a suo

carico. Dottrina e giurisprudenza sostengono che «se la condotta dell'agente provocatore è conforme alle condizioni previste al fine dell'operatività della scriminante speciale, oppure se la medesima condotta è scriminata in base all'articolo 51 c.p., il pubblico ministero non deve dar luogo all'iscrizione del nominativo dell'agente nel registro delle notizie di reato³³», con la possibilità di poter utilizzare le dichiarazioni da questo rilasciate in fase processuale e partecipare al contraddittorio dinanzi ad un giudice. Vi è poi chi sostiene che, per poter accertare l'effettiva sussistenza delle scriminanti previste dagli articoli 51 del c.p. e 55 del c.p.p., l'organo inquirente debba necessariamente procedere con adeguate indagini che presuppongono la formale iscrizione presso il suddetto registro. Inoltre, risulterebbe opportuno verificare se la condotta attuata dall'agente non abbia effettivamente travalicato i limiti imposti dalla legge, definendo la sua attività non più di semplice osservazione e controllo, ma vera e propria provocazione. In quest'ultimo caso, infatti, non potrebbe applicarsi nessuna scriminante.

Una volta spiegata la qualifica assoluta dall'agente durante la fase processuale, è ora opportuno definire la possibilità o meno per lo stesso di poter tutelare la propria identità rilasciando una testimonianza anonima. La possibilità di garantire o meno l'anonimato dell'agente ha suscitato diverse problematiche. Da un lato, infatti, l'anonimato garantisce una maggiore forma di tutela per l'incolumità dell'agente stesso, il quale viene, dunque, protetto da eventuali ritorsioni rivolte sia alla sua persona sia nei confronti dei propri familiari. Inoltre, la mancata rivelazione dell'identità del soggetto permette alla polizia giudiziaria di poterlo impiegare nuovamente in ulteriori attività sotto copertura. È utile precisare difatti che, gli agenti occupati in operazioni *undercover* sono dotati di elevate competenze e conoscenze che li rendono in grado di assolvere alle loro funzioni in modo professionale. Dall'altro lato, invece, si cerca di tutelare il diritto di difesa dell'indagato sancito dall'articolo 24 della Costituzione. Infatti, nel caso in cui sia previsto l'anonimato, per la difesa può risultare complicato acquisire elementi che gli permettano di dimostrare l'inaffidabilità del testimone o la falsità di ciò che viene dallo stesso dichiarato. In tali occasioni, infatti, alla difesa viene sempre riconosciuta la possibilità di contestare l'accusa fermo restando che la sola dichiarazione rilasciata dal *teste* anonimo non possa determinare l'eventuale sentenza di condanna. Secondo l'articolo 497, comma 2-*bis* del c.p.p. «Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e della legge 3 agosto 2007, n. 124, e successive modificazioni, invitati a

³³ A. Falcone, *L'agente sotto copertura*, cit., pag. 82

fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime». Inoltre, l'articolo 147-*bis*, comma 1-*bis* delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale prevede che «L'esame in dibattimento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, degli ausiliari e delle interposte persone, che abbiano operato in attività sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e successive modificazioni, si svolge sempre con le cautele necessarie alla tutela e alla riservatezza della persona sottoposta all'esame e con modalità determinate dal giudice o, nei casi di urgenza, dal presidente, in ogni caso idonee a evitare che il volto di tali soggetti sia visibile». Sulla base dei precedenti articoli, si intuisce come, nel corso del processo, l'agente sotto copertura proceda con il rivelare solo la sua identità fittizia e che nei suoi confronti si attuino tutte le cautele necessarie a rendere non visibile il suo volto. Questo accade ricorrendo all'utilizzo della videoconferenza. A tal proposito, si ritiene opportuno precisare che lo stesso legislatore definisce la divulgazione e la rivelazione dell'identità dell'agente come reato. «Per rivelazione si intende il trasmettere un segreto a persone determinate nelle forme e con le modalità più varie, mentre per divulgazione si intende la trasmissione del segreto ad un numero indefinito di persone attraverso i più svariati mezzi di comunicazione³⁴».

Per una maggiore garanzia del diritto di difesa dell'imputato, la Corte europea ha previsto una procedura nella quale le dichiarazioni dell'agente vengano rilasciate solo ed esclusivamente in presenza del giudice, il quale garantisce l'attendibilità o meno del testimone, e del difensore, che può porre qualsiasi domanda fatta eccezione per quelle volte a rivelare l'identità del *teste*.

³⁴ A. Falcone, *L'agente sotto copertura*, cit. pag. 56

CAPITOLO IV

AGENTE INFILTRATO ED AGENTE PROVOCATORE: IL DIBATTITO IN CORSO

1. L'agente provocatore tra dottrina e giurisprudenza

Dopo aver ampiamente discusso della figura dell'agente sotto copertura è ora utile approfondire quella dell'agente provocatore. Come già precedentemente affermato, la distinzione tra queste due tipologie di soggetti appare ancora oggi molto labile, nonostante gli studi ed i diversi organi giudiziari, tra cui anche la Corte di Cassazione, si siano espressi al fine di chiarire la differenza tra i due. A tal proposito, viene definito agente provocatore colui che, sia esso un privato o un appartenente alle forze dell'ordine, induce un altro soggetto a commettere un reato al fine di coglierlo in flagrante e denunciarlo.

Uno dei problemi cardine è definire la responsabilità che sorge in capo all'agente stesso. A riguardo, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono espresse offrendo diverse soluzioni. La dottrina sostiene differenti ipotesi: la prima ritiene che l'agente non possa essere soggetto a responsabilità in quanto la sua condotta ha come obiettivo quello di tutelare gli interessi della propria comunità. Nonostante la finalità perseguita sia dal punto di vista sociale molto onorevole, non si può comunque consentire all'autorità statale di reprimere delitti provocati da funzionari pubblici, essendo il ruolo principale dell'autorità stessa quello di prevenirli e non promuoverli. Un'altra soluzione, invece, ritiene che si possa escludere la responsabilità dell'agente mediante l'applicazione dell'articolo 51 del Codice penale e dell'articolo 55 del Codice di procedura penale, esaminati già in modo dettagliato nel capitolo precedente. Anche con riferimento a questa tesi, sono differenti le critiche che ne sono derivate. Infatti, l'articolo 55 c.p.p. non presuppone la responsabilità solo per gli atti compiuti dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria, escludendo dunque la sua applicazione anche per i soggetti privati. Per questi ultimi, invece, opererebbe la scriminante prevista dall'articolo 51 del c.p. che limita la responsabilità nel caso in cui un soggetto adempia ad un ordine impartito dall'autorità. Questo significherebbe, però, ammettere che le autorità autorizzino il compimento di reati e il che sarebbe, senza dubbio, illegittimo. Secondo la dottrina, dunque, si può procedere con l'esclusione della punibilità dell'agente quando questo abbia agito confidando, però, in un intervento precoce da parte degli organi preposti prima che il compimento del reato fosse portato a termine. Inoltre, si ritiene possa escludersi nell'eventualità in cui si raggiunga la soglia del tentativo. In questo ultimo caso, infatti, per configurarsi come delitto, sarebbe necessario anche il dolo di consumazione di cui l'agente provocatore è però privo.

Anche la giurisprudenza, così come ribadito dalla dottrina, sostiene che se la provocazione proviene da un ufficiale o agente della polizia giudiziaria, la responsabilità può escludersi mediante l'applicazione degli articoli 51 del Codice penale e 55 del Codice di procedura penale. A tal fine, però, è necessario che l'agente si limiti all'osservazione, al controllo e al contenimento delle azioni illecite compiute da altri soggetti. Non può, dunque, istigare la commissione del reato. Ciò significa che «se l'agente si limita a creare l'occasione per la commissione del reato e nel partecipare alla sua realizzazione assume un ruolo di contenimento dell'altro soggetto, il suo comportamento non integra gli estremi di un reato, con la conseguenza che non appare necessario invocare una scriminante³⁵». Nel caso in cui la figura del provocatore fosse ricoperta da un soggetto privato, si ha la possibilità di escludere la responsabilità solo se l'individuo esegue fedelmente gli ordini a lui impartiti.

Una volta chiarita la responsabilità che verte in capo all'agente provocatore, è utile ora approfondire anche quella del soggetto provocato. È necessario, a tal fine, prendere in esame il primo comma dell'articolo 56 del Codice Penale il quale afferma che: “Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica”. Sia la dottrina che la giurisprudenza sostengono che il provocato possa ritenersi responsabile anche se la sua condotta non giunge a consumazione. È solo necessario che vi sia il tentativo, così come previsto dall'articolo sopra menzionato. In realtà, definire il provocato responsabile o meno di un determinato delitto è cosa assai ardua. La sua responsabilità, infatti, dovrebbe essere analizzata prendendo in esame anche ciò che vi è contenuto nella Carta costituzionale e nella CEDU. Partendo dalla prima, gli articoli della Costituzione per noi di maggior rilievo sono il numero 13 ed il 27 che prevedono, in ordine, l'inviolabilità della libertà personale ed il principio di non colpevolezza. Per i giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, è necessario che venga tutelato il diritto ad un equo processo sancito dall'articolo 6 della CEDU, il quale verrà approfondito ampiamente nei prossimi paragrafi.

2. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e la tutela dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte europea dei diritti dell'uomo fu istituita nel 1959. I giudici che ne fanno parte sono eletti dall'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa. Ogni Stato membro propone una lista di tre candidati tra i quali verrà poi, successivamente, selezionato il componente della Corte stessa. Questo sottolinea fortemente l'indipendenza dei membri: lo Stato, infatti, si limita a fornire i nominativi senza però avere potere decisionale. I giudici durano in carica nove anni con la

³⁵ A. Falcone, *L'agente sotto copertura*, cit., pag. 9

possibilità di essere nuovamente eletti. La Corte è competente a giudicare ricorsi tra due Stati membri, i cosiddetti interstatali, o ricorsi individuali, ossia richiesti da un individuo nei confronti di un Paese membro. La prima tipologia è prevista dall'articolo 33 della CEDU, il quale afferma: "Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente". La seconda tipologia, invece, è disciplinata dall'articolo 34 che dichiara: "La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto". Dalla lettura di questo ultimo articolo si evince il mancato riferimento al requisito di cittadinanza di un Paese membro. Da qui «si ricava la conclusione che la possibilità di proporre ricorso alla Corte non è limitata ai cittadini degli Stati membri, bensì si estende anche a coloro che, per il fatto di soggiornare anche solo temporaneamente nel territorio di uno di essi, ne sono soggetti alla giurisdizione³⁶». Quello che viene espressamente richiesto, però, è la violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi protocolli. La Corte, dunque, non può emettere sentenze con riferimento ad una violazione generale dei diritti dell'uomo. Non sono richieste molte formalità per adire alla Corte: per esempio, non è necessario che vengano utilizzate le lingue ufficiali, ossia inglese e francese, né che vi sia il patrocinio di un difensore. L'articolo 35 della CEDU prevede, però, che "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva". Sulla base dell'articolo, dunque, l'individuo deve, prima di tutto, ricorrere alla giurisdizione interna; in realtà, la Convenzione, essendo parte integrante dell'ordinamento degli Stati membri, dovrebbe essere già applicata in principio dalla giurisdizione interna. La Corte europea avrebbe, in questo caso, solo una funzione di controllo. Inoltre, si intende evitare l'eccessivo numero di ricorsi che vengono rivolti alla Corte stessa. Una volta che la Corte europea dei diritti dell'uomo emette una sentenza, questa risulterà vincolante per gli Stati membri chiamati in causa. Questo è ciò che viene espressamente previsto dall'articolo 46 della CEDU, il quale dichiara che: "Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti".

Durante la trattazione si è fatto più volte riferimento alla CEDU, ossia alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950,

³⁶C.Russo, P.M.Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pag.33

ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848. Con riferimento alla tematica dell'agente provocatore, nella maggior parte dei casi, la Corte viene adita per violazione dell'articolo 6 della Convenzione relativo al diritto ad un equo processo. Secondo tale disposizione "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;
- (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

Si ritiene opportuno, dunque, procedere con un'analisi attenta del presente articolo. Il primo comma introduce i principi della pubblicità dell'udienza e della ragionevolezza del tempo richiesto per le cause. Il requisito della pubblicità presuppone che lo svolgimento dell'udienza avvenga in modo pubblico sia per assicurare la trasparenza della giustizia, sia per una garanzia del convenuto. Questo principio può, però, subire delle limitazioni in casi specifici; in particolare, ciò si verifica al fine di tutelare i diritti dei minori, la vita privata delle parti in causa o per motivi riconducibili all'ordine

pubblico, alla sicurezza nazionale, all'interesse della morale ed alla tutela degli interessi della giustizia. Con riferimento al requisito della ragionevolezza dei tempi necessari alle cause, questo viene determinato dalla Corte in base a differenti parametri. Si tiene conto, per esempio, del numero degli imputati, della complessità della causa e dal numero dei casi di imputazione. Tale requisito deve essere sempre rispettato dallo Stato, fatti salvi i casi a lui non imputabili, ossia quelli dovuti ad inerzia delle parti o cause di forza maggiore. Successivamente, si introducono i principi di imparzialità ed indipendenza del Tribunale. L'articolo, infatti, presuppone che ogni persona debba essere giudicata da un organo detenente le precedenti peculiarità. «Per accertare se un organo possa essere considerato indipendente, occorre prendere in considerazione, in particolare, le modalità di designazione e la durata del mandato dei suoi membri, l'esistenza di una protezione da pressioni esterne e se vi sia o meno un'apparenza di indipendenza³⁷». L'imparzialità, invece, presuppone che i giudici, nel loro operare, debbano essere privi di pregiudizi; tale requisito deve essere obiettivo, ossia percettibile ed individuabile da tutte le parti in causa.

Il secondo comma dell'articolo 6 della CEDU introduce il principio di non colpevolezza, ossia l'imputato non può essere ritenuto colpevole fino alla pronuncia della condanna definitiva.

Infine, il terzo comma elenca i diritti delle parti in causa. In particolare, l'imputato deve essere informato dell'accusa formulata a suo carico e deve predisporre del tempo necessario per preparare la sua difesa; può decidere di difendersi personalmente o con il sostegno di un difensore da lui scelto. Inoltre, ha il diritto ad esaminare o far esaminare i testimoni, la cosiddetta uguaglianza delle armi, che permette sia all'accusa che alla difesa di operare in condizioni di assoluta parità.

3. Agente sotto copertura o agente provocatore: il caso Teixeira de Castro v. Portogallo

Come più volte approfondito, la distinzione tra agente sotto copertura e agente provocatore appare essere molto sottile. È utile affermare, nuovamente, che mentre il primo si limita ad osservare e controllare i comportamenti messi in atto da soggetti indagati, il secondo istiga un individuo a commettere un reato che, in mancanza dell'agente, non avrebbe commesso. In questa sede, si è deciso di studiare una sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in cui questa differenza viene sottolineata fortemente; si tratta del caso Teixeira de Castro v. Portogallo. Durante lo svolgimento di un'operazione di monitoraggio sul traffico di stupefacenti, due agenti in borghese approcciarono in più occasioni un individuo, V.S., sospettato di trafficare droga leggera per poter poi, successivamente, acquistare hashish ad uso personale. Gli agenti si recarono presso la sua

³⁷ L.Ferrari Bravo, F.M. di Majo, A.Rizzo, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pag. 184

abitazione dimostrandosi interessati a comprare della droga, con la speranza di poter identificare, alla fine, il suo fornitore. V.S. fornì il nome di Francisco Teixeira de Castro come un soggetto in grado di trovarla. Non era a conoscenza, però, del suo ultimo indirizzo il quale poteva essere fornito, invece, da F.O.; si recarono, dunque, tutti e quattro presso l'abitazione di Teixeira de Castro. Una volta che quest'ultimo uscì di casa, gli agenti gli manifestarono la volontà di acquistare lo stupefacente. Il signor Teixeira de Castro accettò ed insieme a F.O. si recò a casa di J.P.O., il quale fu in grado di procurare il tutto con l'ausilio, però, di un altro soggetto. Una volta terminato l'acquisto, de Castro e F.O. fecero ritorno presso l'abitazione di V.S., il quale invitò i due agenti ad entrare. Teixeira de Castro, allora, mostrò i sacchetti contenenti le sostanze; una volta identificati gli stupefacenti, gli agenti diedero luogo agli arresti.

Il signor Teixeira de Castro decide di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'articolo 6 della CEDU; in particolare dichiara di non aver ricevuto un equo processo in quanto incitato dagli agenti di polizia a commettere un reato del quale è stato, successivamente, condannato:

“Mr. Teixeira de Castro complained that he had not had a fair trial in that he had been incited by plain-clothes police officers to commit an offence of which he was later convicted³⁸”.

Con riferimento al caso in questione, ciò che assume particolare importanza è l'assenza, in capo all'indagato, di ulteriori precedenti penali e la mancanza di preventive investigazioni a suo carico. Lo stesso Teixeira de Castro, infatti, sottolinea in sede processuale questa situazione evidenziando che, in mancanza della provocazione da parte degli agenti, il reato non sarebbe stato da lui commesso:

“He maintained that he had no previous convictions and would never have committed the offence had it not been for the intervention of those “agents provocateurs”. In addition, the police officers had acted on their own initiative without any supervision by the courts and without there having been any preliminary investigation³⁹”.

Su questo aspetto, infatti, la Corte dichiara che le autorità non avevano nessuna ragione per sospettare dell'indagato, precisando d'altronde che lo stesso Teixeira de Castro non disponeva nella propria abitazione della sostanza stupefacente richiesta dagli acquirenti; lo stesso, infatti, ha dovuto procurarsela entrando in contatto con una terza parte:

³⁸ Case of Teixeira de Castro v. Portugal (44/1997/828/1034), Judgement Strasbourg 9 June 1998, pag. 8

³⁹ Case of Teixeira de Castro v. Portugal, cit., pag. 9

“It does not appear either that the competent authorities had good reason to suspect that Mr. Teixeira de Castro was a drug trafficker; on the contrary, he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had been opened [...] Furthermore, the drugs were not at the applicant’s home; he obtained them from a third party who had in turn obtained them from another person⁴⁰”.

Ed è proprio la Corte europea dei diritti dell’uomo che in questa sentenza coglie l’occasione per spiegare e ribadire la distinzione tra le due tipologie di agenti più volte menzionate. Essa afferma che sussistono due differenti casistiche: una dove è l’agente stesso che crea l’intento criminale, fin dal principio assente; l’altra dove l’indagato già manifesta una predisposizione al reato. Nel caso in questione, gli agenti hanno incitato l’attività criminale che, altrimenti, non avrebbe avuto luogo; così facendo è venuto meno il diritto ad un equo processo:

“A distinction had to be drawn between cases where the undercover agent’s action created a criminal intent that had previously been absent and those in which the offender had already been predisposed to commit the offence.[...] The officers had thus incited criminal activity which might not otherwise have taken place. That situation had irremediably affected the fairness of the proceedings⁴¹”.

La Corte tende, inoltre, a precisare che nonostante sia necessario mettere in atto strumenti sempre maggiori per contrastare il fenomeno crescente della criminalità organizzata, questi non debbano però inficiare il diritto ad un giusto processo. Il pubblico interesse non può giustificare l’istigazione da parte della polizia al fine di acquisire elementi probativi:

“While the rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience. [...]

The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement⁴²”.

Nel terminare, la Corte sottolinea ulteriormente come i due agenti non si siano limitati ad investigare in modo essenzialmente passivo, ma abbiano provocato ed incitato l’imputato esercitando, dunque, una notevole influenza:

⁴⁰ Case of Teixeira de Castro v. Portugal, cit., pag. 10

⁴¹ Case of Teixeira de Castro v. Portugal, cit., pag. 9

⁴² Case of Teixeira de Castro v. Portugal, cit., pag. 10

“The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr. Teixeira de Castro’s criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence⁴³”.

Sulla base dei precedenti elementi, la Corte ha dichiarato la violazione dell’articolo 6 della CEDU concludendo che l’azione dei due agenti non possa essere considerata come attività *undercover* perché nessun elemento supporta la tesi secondo la quale, in assenza di intervento da parte della polizia, il reato sarebbe stato comunque commesso. Il signor Francisco Teixeira de Castro è stato, dunque, privato del suo diritto ad un equo processo:

“In the light of all these considerations, the Court concludes that the two police officers’ actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed. That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial. Consequently, there has been a violation of Article 6 § 1⁴⁴”.

⁴³ Case of Teixeira de Castro v. Portugal, cit., pag. 11

⁴⁴ Case of Teixeira de Castro v. Portugal, cit., pag. 11

CONCLUSIONI

Dalla lettura della presente trattazione si può comprendere come il legislatore sia sempre alla ricerca di strumenti più efficaci ed idonei a contrastare il fenomeno corruttivo. Ne è la dimostrazione la recente legge n.3 del 9 gennaio 2019 promossa dall'attuale Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede la quale introduce metodi alternativi al fine di disincentivare il comportamento illecito e sanzionare coloro che ne sono gli artefici. Tale obiettivo viene principalmente perseguito mediante procedure di controllo e forte regolamentazione. Ma possiamo ritenere che questi sistemi riescano effettivamente a contrastare il fenomeno? In realtà, sono molti i fallimenti che si potrebbero riscontrare nell'adozione di tali tecniche. Partiamo con l'esaminare i controlli, che potremmo considerare come la principale forma di prevenzione e contrasto alla corruzione. Esistono diverse tipologie di controlli: «quando l'oggetto del controllo è un'attività amministrativa, allora siamo in presenza di controlli che convenzionalmente possono definirsi amministrativi [...]. Quando l'oggetto del controllo è un'attività dei privati allora si avrà più propriamente investigazione amministrativa [...]. Quando l'oggetto del controllo è un fatto o un'attività di rilevanza penale afferente all'ampia casistica della corruzione, allora vi sarà investigazione criminale⁴⁵».

Instaurare un sistema di controllo serve a limitare l'attuazione di comportamenti irregolari da parte degli individui; la possibilità di poter essere controllato da soggetti terzi dovrebbe disincentivare il promotore a commettere l'illecito. Come è facile intuire, gli effetti di tale strumento non si riscontrano praticamente nella realtà. In caso contrario, il fenomeno corruttivo sarebbe al giorno d'oggi quasi nullo. Nella maggior parte dei casi, infatti, lo stesso controllo rappresenta l'occasione per commettere atti illeciti. Infatti, il tipico strumento del controllo è l'ispezione, momento nel quale il soggetto che ha eluso la legge entra in contatto con chi, teoricamente, dovrebbe sanzionarlo a seguito di apposito accertamento. È qui, dunque, che nasce la convenienza per entrambe le parti a prendere parte al fenomeno corruttivo. Il controllore potrebbe evitare l'applicazione della sanzione se la controparte accettasse di "ricompensarlo" adeguatamente. D'altro canto, il soggetto artefice dell'irregolarità sarebbe incentivato a proporre metodi alternativi per evitare di essere sanzionato. Questa problematica potrebbe facilmente insorgere con riferimento all'agente sotto copertura il cui ambito di applicazione è stato modificato dalla legge n.3 del 9 gennaio 2019. Questo rappresenta solo un esempio di come i controlli, pur se teoricamente corretti, in realtà risultino essere non completamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo preposto.

Bisogna sottolineare, inoltre, che istituire una rete di controlli adeguata ed efficace comporta il sostenimento di elevati costi che l'apparato promotore dovrebbe sostenere. Il costo di maggior

⁴⁵ M. D'Alberty, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit. pag. 381

rilievo è, appunto, il reclutamento di soggetti competenti e, soprattutto, onesti i quali riescano a svolgere il loro lavoro privi di ogni forma di condizionamento esterno. Inoltre, le risorse a disposizione dell'amministrazione risultano essere ridotte rispetto alla quantità di controlli che sarebbe necessario attuare per cercare di contrastare il più possibile il fenomeno corruttivo.

Un'altra problematica che sorge in relazione a tale strumento è: come si riescono ad istituire ed individuare i controlli maggiormente efficaci? La risposta a tale domanda non sussiste. Questo perché la corruzione è di per sé un fenomeno sommerso le cui caratteristiche sono, per molti aspetti, ancora ignote. Le istituzioni dovrebbero, dunque, rendere più efficaci gli esiti dei controlli, ossia applicare sanzioni che rendano sempre più svantaggioso il compimento dell'illecito. Ciò che spinge un soggetto ad eludere una norma è appunto il *trade off* che si instaura tra il vantaggio derivante dall'illecito e la sanzione che gli verrebbe applicata nell'eventualità in cui fosse sottoposto a controlli. Come precedentemente affermato, la quantità di controlli è assai scarsa e la possibilità che ciò avvenga è molto limitata.

Un altro modo per contrastare il fenomeno corruttivo è la regolamentazione. Sono molteplici le normative introdotte dal legislatore, sia europeo che italiano, al fine di limitare comportamenti irregolari. Quello che molto spesso non viene compreso è che la norma rappresenta "un'arma a doppio taglio": da una parte dovrebbe incoraggiare il soggetto a conformarsi alla normativa applicando dei comportamenti corretti e producendo, così, benefici sia per sé che per tutta la collettività; dall'altra parte, invece, una forte politica di regolamentazione incentiva l'elusione della stessa. Infatti, «la sovrabbondanza di regolazione moltiplica a dismisura il numero di schemi legali disponibili per usi opportunistici, alimentando un ambiente sociale corruttibile⁴⁶».

È facile comprendere, dunque, come contrastare un fenomeno corruttivo di tale importanza risulta essere molto difficile. Il problema principale sta nel fatto che l'atto criminale rappresenta solo il termine di un ulteriore processo che non sempre viene alla luce. Ciò che deve essere contrastato non è l'atto stesso ma la motivazione che spinge il soggetto a compierlo. Regolamentare e controllare sono, senza dubbio, ottime politiche ma fino a che punto possono limitare le irregolarità che ogni giorno vengono commesse nel nostro sistema? Il legislatore dovrebbe concentrarsi ad eliminare tutte quelle condizioni da cui originano gli atti corruttivi e quindi operare anticipatamente piuttosto che posticipatamente con politiche repressive. Si potrebbe, per esempio, premiare con degli incentivi coloro che adempiono, anche se un Paese non dovrebbe concedere ricompense per un'azione che costituirebbe la prassi e non l'eccezione.

⁴⁶ M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit. pag. 389

Il ruolo principale nella lotta alla corruzione dovrebbe, però, essere assunto da una buona politica informativa. Questa dovrebbe essere rivolta sia all'amministrazione che ai soggetti operanti nel sistema. Per i primi, infatti, la circolazione delle informazioni permetterebbe di ottenere una discreta conoscenza della corruzione, ricordando che una sua completa comprensione pur se auspicabile è quasi impossibile. Ciò implicherebbe la possibilità di redigere piani di controllo mirati a "sradicare" il fenomeno alle sue radici. Controlli diretti combinati con sanzioni repressive e proporzionali all'atto commesso sarebbero ora utili al fine di contrastare le irregolarità, sempre in presenza dei limiti sopra esposti.

I secondi, invece, dovrebbero essere adeguatamente informati circa le conseguenze negative che la corruzione ha all'interno del nostro sistema e di come di tali effetti si ripercuotano sempre e solamente su chi le irregolarità non commette. Pensiamo, per esempio, a coloro che riescono ad ottenere la concessione di un appalto pubblico mediante il pagamento di una tangente. Questa azione priverebbe i cittadini della possibilità di poter competere in modo onesto ed ottenere ciò che in realtà gli spetterebbe di diritto.

La domanda che sorge spontanea è allora: esiste un vantaggio nell'operare lecitamente se i benefici vengono poi ottenuti da individui che non adottano comportamenti corretti e che riversano il peso delle loro irregolarità sulle spalle degli altri? Ovviamente la risposta è più che affermativa. La presenza della corruzione non dovrebbe incentivare gli operatori corretti a commettere atti contrari alla legge. Anzi, proprio la presenza di questo fenomeno dovrebbe promuovere una rete di collaborazione volta alla circolazione delle informazioni e all'incremento di segnalazioni per eventuali irregolarità rivolte agli organi competenti.

I protagonisti di questa politica di solidarietà e cooperazione sono gli uomini e le donne di domani; sono i bambini e le bambine che ogni giorno sono sommersi da notizie negative che sviluppano in loro l'alibi del "tutti fan così" che sentono ovunque vadano. Le scuole e le università dovrebbero, dunque, affiancare le istituzioni in questo compito di prevenzione e contrasto alla corruzione ricordando, come disse Madre Teresa di Calcutta, che «quello che noi facciamo è solo una goccia nell'oceano, ma se non lo facessimo l'oceano avrebbe una goccia in meno».

BIBLIOGRAFIA

- Cantone R., Carloni E., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018
- Cantone R., Parisi N., Corrado A., Greco G.M., *Prevenzione della corruzione. Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del whistleblowing*, ANAC, Roma, 22 giugno 2017
- Cerioni M., De Angelis M., Toschei S. (a cura di), *Anticorruzione nella sanità. Reazioni e azioni*, (Atti del convegno di Ancona, 7-8 ottobre 2016)
- Coppola F., *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Diritto penale e processo* 4/2018, aprile 2018
- D'Alberti M., *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene editore, Napoli, 2017
- Davigo P., Mannozi G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007
- Davigo P., *Il sistema della corruzione*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2017
- Falcone A., *L'agente sotto copertura*, Dike Giuridica Editore, Roma, 2014
- Ferrari Bravo L., Di Majo F.M., Rizzo A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Giuffrè editore, Milano, 2001
- Piano Nazionale Anticorruzione, Legge 6 novembre 2012 n. 190, *Disposizione per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*
- Russo C., Quaini P.M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè editore, Milano, 2000
- Tramontano L., *Codici Civile e Penale. Annotati con la giurisprudenza*, Editori Wolters Kluwer, Vicenza, 2016